

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190114-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 30. Juli 2019

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 2. Juli 2019 (EK190149)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung "C._____", welche Rekultivierungen, Bodenverbesserungen, Erdbewegungen, Rückbau sowie Spez. Tiefbau Lösungen bezweckt (act. 5).
2. Mit Urteil vom 2. Juli 2019 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Uster für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 6'866.10 inklusive Zins und Kosten den Konkurs über den Schuldner (act. 3).
3. Mit Eingabe vom 11. Juli 2019 erhob der Schuldner rechtzeitig (vgl. act. 6/19) Beschwerde gegen dieses Urteil (act. 2). Mit Verfügung vom 11. Juli 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 3). Am 15. Juli 2019 reichte der Schuldner innert noch laufender Beschwerdefrist (vgl. act. 6/19) weitere Unterlagen ein (act. 10-11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-19). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkursgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben,

wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Der Schuldner belegt mit Bestätigung der Obergerichtskasse vom 11. Juli 2019, dort zu Handen der Gläubigerin einen Betrag von Fr. 6'866.10 und damit die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung inklusive Zins und Kosten hinterlegt zu haben (act. 4/1). Ferner hat der Schuldner am 10. Juli 2019 beim Konkursamt Uster die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 800.– sichergestellt (act. 4/2). Zudem hat er den Kostenvorschuss für das vorliegende Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– am 11. Juli 2019 bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 4/3). Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss seine Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zah-

lungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnen wird (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Aus dem vom Schuldner eingereichten Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Uster vom 3. Juli 2019 ergeben sich neben der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreuung (Nr. ...) 27 weitere Betreibungen, von denen jedoch in neun Fällen die Forderung bereits an das Betreibungsamt oder den Gläubiger bezahlt wurde. Zwei Betreibungen sind zudem erloschen. Von den übrigen 16 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 56'614.60) befinden sich 14 (Gesamtbetrag Fr. 41'549.40) noch im Einleitungsstadium. In einer Betreuung einer öffentlich-rechtlichen Gläubigerin (Fr. 13'935.20) läuft die Pfändung und in einer Betreuung (Fr. 1'130.-) wurde dem Schuldner bereits der Konkurs angedroht.

2.4 Zu den zur Konkursöffnung führenden Umständen führt der Schuldner aus, er sei in der Zeit von Herbst 2018 bis Juni 2019 aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Seit dem 12. Juni 2019 arbeite er jedoch wieder 100 % und sei daher in der Lage, die offenen Betreibungen in den nächsten Wochen aus eigener Kraft zu bezahlen. Er verfüge über offene Debitoren von ca. Fr. 146'000.-, von denen mindestens Fr. 80'000.- in den nächsten Wochen realisiert werden könnten (act. 2). Als Beleg reicht der Schuldner insbesondere drei von ihm zwischen dem 30. Juni 2019 und dem 9. Juli 2019 gestellte Rechnungen über insgesamt Fr. 146'609.50 (Fr. 8'960.65 [D. _____ AG] + Fr. 11'648.85 [D. _____ AG] + Fr. 126'000.- [E. _____ AG]) ein. Die entsprechenden Beträge werden zwischen dem 10. Juli 2019 und dem 8. August 2019 zur Zahlung fällig (act. 4/5-7).

Weiter reicht der Schuldner eine als "Finanzaufstellung" betiteltete Liste ein, in welcher sich sowohl geschäftliche als auch private Ausgaben des Schuldners finden. Dazu führt er aus, seine geschäftlichen und privaten Ausgaben würden sich monatlich auf insgesamt Fr. 40'000.- belaufen, wobei sein durchschnittlicher mo-

natlicher Umsatz Fr. 50'000.– betrage (act. 10). Der Schuldner belegt, dass auf seinem Geschäftskonto in der Zeit von Oktober 2018 bis Juni 2019 insgesamt Fr. 244'237.50 eingegangen sind (act. 11/1). Hinzu kommen Zahlungseingänge auf dem Privatkonto des Schuldners von April 2018 bis März 2019 von insgesamt Fr. 417'903.75 (vgl. act. 11/2). Total ergeben sich für die Zeit von April 2018 bis Juni 2019 damit durchschnittliche Zahlungseingänge von Fr. 44'142.75 pro Monat (Fr. 662'141.25 / 15 Monate), was nicht ganz dem vom Schuldner behaupteten monatlichen Umsatz von Fr. 50'000.– entspricht (vgl. act. 10). Allerdings reicht auch dieser tiefere Umsatz, um die vom Schuldner behaupteten monatlichen Ausgaben von Fr. 40'000.– zu tilgen, umso mehr, als diese eher hoch erscheinen. So befinden sich in der Aufstellung des Schuldners zunächst deutlich überdurchschnittliche Lebenshaltungskosten von Fr. 3'000.– pro Monat, ist doch im Normalfall von einem Grundbetrag für Essen, Kleidung, Körperpflege, etc. von Fr. 1'200.– für einen alleinstehenden Schuldner auszugehen (vgl. Richtlinien der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, Ziff. II.1.2). Weiter sind in diesem Budget neben Unterhaltskosten für Maschinen von Fr. 10'000.– pro Monat zusätzliche Rückstellungskosten für neue Maschinen und Geräte von Fr. 8'000.– sowie eine Reserve für diverse Mehrkosten von Fr. 1'250.– pro Monat enthalten. Diese budgetierten Positionen erscheinen einerseits überdurchschnittlich hoch, andererseits handelt es sich dabei nicht um zwingend zu deckende laufende Kosten.

Insgesamt ist damit aufgrund der belegten durchschnittlichen Einnahmen glaubhaft, dass der Schuldner in der Lage ist, seine laufenden Ausgaben zu decken. Ausserdem ist glaubhaft, dass der Schuldner bereits mit den voraussichtlich in den Monaten Juli und August 2019 eingehenden Zahlungen von Fr. 146'609.50 neben den laufenden Kosten einen Teil der noch offenen Betriebsforderungen von Fr. 56'614.60 wird tilgen können und dass er auch die hernach verbleibenden Restschulden innert nützlicher Frist, längstens aber innert zwei Jahren, wird bezahlen können. Im Ergebnis ist damit die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft, bzw. zumindest als wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit an-

zusehen. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der über den Schuldner eröffnete Konkurs aufzuheben.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Konkursgerichtes und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit den geleisteten Vorschüssen zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 2. Juli 2019 (EK190149), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und das Konkursbegehren der Gläubigerin abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 6'866.10 der Gläubigerin auszuzahlen.

4. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'350.– (Fr. 800.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an:
- die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2;
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten,
 - das Konkursamt Uster,
- ferner mit besonderer Anzeige an:
- das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
 - das Betreibungsamt Uster,
- je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

i.V.

MLaw N. Seebacher

versandt am:
30. Juli 2019